

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 6407 del 20 settembre 2021

Gara pubblica – Onere dichiarativo – Provvedimento di esclusione in precedente gara – Affidabilità del concorrente

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1654 del 2021, proposto da

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5 del 2021, proposto da
..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, viale

contro

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, Sezione Prima, 24 novembre 2020, n. 693, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 1654 del 2021:

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche, Sezione Prima, n. 00694/2020, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di s.r.l., di s.p.a. e di s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 10 luglio 2019 s.p.a. indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del “*servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse in seguito a incidenti stradali, sversamenti o altri eventi non riconducibili ad incidenti stradali mediante pulizia e bonifica dell'area interessata e sue pertinenze da effettuarsi sull'intera rete viaria comunale di Pesaro*”.

1.1. Al termine delle operazioni di gara, la s.r.l. risultava prima graduata con il punteggio di 88,100 (riparametrato a 100/100), mentre seconda graduata era s.r.l. con il punteggio di 84,960 (riparametrato a 96,436); alla prima graduata era aggiudicata la gara con determinazione dirigenziale del 13 gennaio 2020, n. 1.

1.2. Il predetto provvedimento di aggiudicazione era impugnato da s.r.l. al Tribunale amministrativo regionale per le Marche per inaffidabilità dell'offerta dell'aggiudicataria che, comunque, a suo dire, aveva reso false dichiarazioni o dichiarazioni fuorvianti relativamente ai CLO a disposizione e, dunque, in ragione della causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in via subordinata richiedeva doversi procedere all'azzeramento del punteggio in relazione a quel criterio di valutazione.

Nel giudizio si costituivano s.p.a. e s.r.l..

1.3. Pendente il giudizio instaurato da s.r.l., la stazione appaltante, con nota del 18 febbraio 2020, avviava procedimento finalizzato ad accertare la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento di esclusione di s.r.l. e, a tal fine, le domandava chiarimenti relativamente al provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione e conseguente esclusione che aveva saputo essere stato adottato nei suoi confronti dal Comune di Venzago in procedura di gara avente medesimo oggetto.

1.4. Acquisite le deduzioni di parte, la stazione appaltante, con determinazione dirigenziale 24 marzo 2020, prot. 3916/20, disponeva l'esclusione dalla gara di s.r.l. per aver violato la norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs.

18 aprile 2016, n. 50 “avendo posto indebitamente un filtro alle informazioni attinenti alla propria vita professionale, con ciò precludendo alla Stazione Appaltante di effettuare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di competenza”.

Aggiungeva che:

- “(...) l'evento in esame è accaduto solamente poco più di un anno prima (maggio 2018) della pubblicazione della presente gara di appalto (luglio 2019) e riguarda un servizio in tutto e per tutto analogo a quello oggetto della [presente] procedura comparativa...”;

- “dall'esame del verbale di sopralluogo e verifica della conformità dei prodotti e servizi indicati nell'offerta tecnica presentata nella gara indetta dal Comune di Venzago è emerso che risultavano mancanti diversi elementi indicati in tale sede: “tablet, localizzazione, lavastrade, autorespiratore..”, ecc. Quanto precede induce a ritenere che la decadenza e/o annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente mancata stipula del contratto da parte del Comune di Venzago fosse imputabile all'operatore economico. Il Consiglio di Stato, in fattispecie analoga, ha ravvisato sussistente un'ipotesi di “responsabilità precontrattuale” dell'operatore economico, per essere venuto meno ai principi di buona fede e leale collaborazione”;

- “...La circostanza per cui (...), il rapporto fiduciario con il Committente pubblico sia venuto a mancare in una fase del procedimento diversa da quella dell'esecuzione del contratto non fa alcuna differenza, atteso che in tutti i casi, come rileva sempre il Consiglio di Stato, viene in considerazione “la medesima conseguenza del venir meno dell'affidamento in capo all'aggiudicatario”.

..... s.r.l., infine, precisato che la dichiarazione dell'aggiudicataria doveva essere qualificata come “dichiarazione omessa” e/o “reticente” e non, invece quale dichiarazione “falsa” (per l'assenza di “...una dichiarata volontà di voler operare una vera e propria immutatio veri”), riteneva nondimeno che “la condotta perpretata dall'operatore economico, proprio in quanto idonea, in astratto, ad incidere sul processo decisionale della Stazione Appaltante e ad influenzarne l'esito, precludendo la disamina della vicenda sopra descritta, è senza altro tale da minare l'affidabilità dell'operatore economico, con i conseguenti effetti ex art. 80, comma 5, lett. c – bis) d.lgs. n. 50/2016”.

1.5. Con sentenza della sezione prima, 24 novembre 2020, n. 694, preso atto del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara di s.r.l., il tribunale dichiarava il giudizio instaurato da s.r.l. avverso il provvedimento di aggiudicazione, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per le Marche s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione sulla base di due motivi.

Nel primo motivo di ricorso esponeva le ragioni per le quali il provvedimento sfavorevole adottato nei suoi confronti dal Comune di Venzago non poteva essere qualificabile come “grave errore professionale” idoneo a giustificare l’esclusione da una procedura ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016: - non si trattava di episodio “grave”; - specialmente, non si era verificato in corso di esecuzione del servizio, avendo la stazione appaltante accertata la carenza di un requisito dichiarato in sede di offerta – incompleto allestimento di un mezzo – quando non era stato ancora stipulato il contratto, né era stata intrapresa alcuna attività contrattuale; - in ogni caso, la mancanza di requisiti in capo all’operatore economico non è elemento che possa incidere sulla affidabilità ed integrità morale dell’operatore economico; - non v’è stata dichiarazione falsa o non veritiera, nonché inadempimento o risoluzione contrattuale; - non era stata effettuata dal Comune alcuna segnalazione all’A.n.a.c.

Non trattandosi di “grave errore professionale” – completava così il suo ragionamento la ricorrente – non era tenuta a dichiararla alla stazione appaltante.

Con il secondo motivo, invece, per le medesime ragioni già esposte – essere la vicenda relativa a fase precedente l’esecuzione contrattuale e imputabile a terzo operatore incaricato dell’allestimento del mezzo – contestava che le si potesse imputare di aver omesso deliberatamente informazione allo scopo di influenzare le decisioni della stazione appaltante ed indurla ad aggiudicarle l’appalto, e, per questo,

tenuto una condotta idonea all'esclusione dalla procedura ex art. 80, comma 5, lett. c-bis) d.lgs. n. 50 del 2016.

2.1. Nel giudizio si costituivano s.p.a. e la controinteressata s.r.l.; il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione prima, 24 novembre 2020, n. 693, respingeva il ricorso.

Il tribunale:

- giudicava ampiamente motivato il provvedimento di esclusione in punto di qualificazione del pregresso episodio professionale quale “grave illecito professionale” rilevante ai fini dell'esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 per essere stato evidenziato, in particolare, il poco tempo trascorso e la sostanziale identità del servizio, oltre che la sostanziale imputabilità alla concorrente della decadenza dall'aggiudicazione adottata dal Comune di Venzago;

- assumeva irrilevante la circostanza che l'informazione omessa riguardasse una fattispecie precedente alla stipula del contratto, per la natura di norma di chiusura dell'art. 80, comma 5, lett. c – bis) d.lgs. n. 50 del 2016, in conformità all'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria nella sentenza 27 agosto 2020, n. 16, secondo cui una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, dei quali quest'ultimo era consapevole, onde non sono configurabili esclusioni “a sorpresa”;

- aggiungeva – richiamando nuovamente le indicazioni dell'Adunanza plenaria – che l'informazione omessa può provocare l'effetto espulsivo dalla procedura solo se a giudizio della stazione appaltante sia tale da incidere sulla integrità ed affidabilità professionale del concorrente e ribadiva che, nella vicenda *de qua*, s.p.a. aveva motivato ampiamente sulle ragioni di rilevanza dell'informazione omessa nei sensi indicati.

3. Propone appello s.r.l.; si sono costituite in giudizio s.p.a.
e s.r.l.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituale repliche.

3.1. Anche la sentenza del Tar Marche n. 694 del 2020, di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, è stata impugnata con appello proposto da s.r.l. al dichiarato scopo di riproporre i motivi del ricorso di primo grado per l'eventualità dell'accoglimento dell'appello di s.r.l.

Si sono costituite in giudizio s.p.a. e s.r.l.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituale repliche.

3.2. All'udienza dell'8 luglio 2021 entrambe le cause sono state assunte in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va disposta la riunione dei due giudizio per connessione soggettiva – si tratta di giudizi tra le stesse parti – ed oggettiva, le sentenze riguardando provvedimenti adottati nell'ambito della medesima procedura di gara.

2. Nel primo motivo di appello (rubricato: *“Violazione di legge per falsa applicazione dell’Art. 80, comma 5° del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. in relazione alla definizione degli obblighi dichiarativi nonché alla errata qualificazione e riconduzione della mancata dichiarazione di s.r.l. relativa ad esclusione da una precedente gara alla nozione di “grave illecito professionale”*) s.r.l. ribadisce la sua tesi: l'esclusione adottata a suo danno dal Comune di Venzago in gara della quale era risultata aggiudicataria non andava dichiarata non costituendo un “grave errore professionale” ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 perché – ripropone l'appellante il medesimo argomento già svolto in primo grado – l'episodio non s'era verificato nella fase di esecuzione del servizio, e si trattava, pertanto, piuttosto di un caso di

manca di un requisito dichiarato in sede di offerta quando nessun contratto era stato sottoscritto ed alcuna attività contrattuale era stata intrapresa.

Sviluppa, però, un ulteriore argomento: non qualificabile come “grave illecito professionale”, l’episodio va qualificato, invece, come “esclusione”, ossia come vicenda che non incide sulla affidabilità ed integrità morale dell’operatore economico, ma conduce ad effetti espulsivi limitati alla procedura di gara in relazione alla quale il provvedimento (di esclusione, appunto) è stato pronunciato. D’altronde, nel provvedimento di esclusione non si faceva riferimento a “false dichiarazioni”, a ragioni di inadempimento o risoluzione e lo stesso Comune di Venzago non aveva effettuato alcuna segnalazione all’A.n.a.c..

2.1. Nel secondo motivo (rubricato: “*Violazione di legge per falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c – bis) del D.lgs. 50/2016 e s.m.i. in relazione agli obblighi dichiarativi ed all’insussistenza in capo alla “..... srl” di qualunque volontà o intenzione di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*”), l’appellante, ribadito che l’esclusione subita dal Comune di Venzago non era qualificabile come “grave illecito professionale”, aggiunge che, omettendo l’informazione, non aveva in alcun modo inteso influenzare il processo decisionale della stazione appaltante, avendo piuttosto ritenuto che, essendo l’esclusione conseguita ad una carenza di allestimento di un mezzo, i suoi effetti terminassero o, comunque, si concludessero all’interno della procedura di gara in cui era stata adottata.

D’altra parte, soffermandosi specificatamente su quanto accaduto nel rapporto con il Comune di Venzago, aggiunge che a suo parere l’evento neppure poteva costituire fonte di pregiudizio alla sua affidabilità e integrità, anche in considerazione del fatto che stava svolgendo il servizio per la stazione appaltante da un anno per affidamento diretto senza alcuna segnalazione negativa a suo carico.

In definitiva, dunque, non meritava d’essere escluso né per aver cercato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante (art. 80,

comma 5, lett. c-bis) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), né tanto meno per aver commesso un “grave illecito professionale” suscettibile di dirlo operatore non affidabile (art. 80, comma 5, lett. c) cit.).

3. I motivi, in stretta correlazione tra loro, possono essere congiuntamente esaminati; essi sono infondati.

3.1. Preliminarmente, va precisato che, come s’evince dal tenore del provvedimento impugnato, il cui contenuto è stato riportato nella parte in fatto, la stazione appaltante ha in esso chiaramente espresso il suo giudizio negativo sull’affidabilità ed integrità dell’appellante.

L’appellante lo contesta sostenendo che della vicenda occorsa con il Comune di Venzago il Comune non meritava di essere informato non trattandosi di “grave illecito professionale” e dicendo comunque ingiusto il giudizio di inaffidabilità maturato nei suoi confronti.

La tesi dell’appellante non convince.

3.2. L’art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone che: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all’art. 105, comma 6, qualora: ...c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l’operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

L’Adunanza plenaria, nella sentenza 28 agosto 2020, n. 16, trattando degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici al momento della partecipazione ad una procedura di gara, ha precisato che si tratta di *“(…) obbligo il cui assolvimento è*

necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione. Rispetto alle esigenze di trasparenza che si pongono tra i preminenti valori giuridici che presiedono alle procedure di affidamento di contratti pubblici (art. 30, 1° comma, d.leg. n. 50 del 2016), l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dall'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, 5° comma, lett. c) [ora lett. c bis]), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee guida emanate in materia dall'Anac, ai sensi del 13° comma del medesimo art. 80" (...); aggiungendo che: "Senonché, in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni «a sorpresa» a carico dello stesso".

3.3. Nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra anche un provvedimento di esclusione subito dall'operatore concorrente in altra procedura di gara da altra stazione appaltante in quanto sia scaturito da condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico per l'esecuzione del contratto in affidamento.

Il punto va meglio specificato, anche al fine di dar risposta alle argomentazioni esposte dall'appellante che evocano precedenti giurisprudenziali, anche di questa Sezione (anche recenti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212), nei quali si è affermato che una precedente esclusione non rientra nel novero delle circostanze da portare a conoscenza della stazione appaltante che indice la nuova gara, perché la causa di esclusione si riferisce – e si conchiude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata, pena il rischio di realizzare una indefinita protrazione di efficacia "a strascico" del primo provvedimento per cui l'esclusione da una gara genera

l'esclusione dall'altra e così via in un ribalzo continuo da una procedura all'altra (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490; rammenta i precedenti sulla questione, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1906 alla quale quindi è fatto rinvio).

3.4. In realtà, il provvedimento di esclusione – come una pronuncia civile (es. di risoluzione di precedente contratto di appalto per inadempimento) o penale (es. che accerti la commissione di un reato da parte di amministratori della società partecipante alla procedura anche solo allo scopo di applicare una misura cautelare o solamente la prospetti all'esito dell'attività di indagine disponendo il rinvio a giudizio) – va dichiarato allo scopo di informare la stazione appaltante della vicenda all'esito della quale è stato adottato; è quest'ultima che la stazione appaltante è tenuta ad apprezzare per dire se il concorrente abbia commesso un “grave illecito professionale”, inteso come comportamento contrario ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, incidente sulla sua affidabilità professionale. Il provvedimento di esclusione – ma, lo si ripete, come qualsiasi altra pronuncia civile o penale – vale al più come “adeguato mezzo di prova” per le circostanze ivi rappresentate e la documentazione cui è fatto rinvio per dirle provate.

Dire, allora, che il concorrente è onerato di dichiarare una “precedente esclusione”, è formula sintetica per dire che il concorrente è tenuto a dichiarare quella pregressa vicenda professionale astrattamente in grado di far dubitare della sua integrità e affidabilità professionale come operatore chiamato all'esecuzione di un contratto d'appalto (che abbia condotto la stazione appaltante ad adottare un provvedimento di esclusione).

3.5. Non è un caso, del resto, che nei precedenti ricordati, il fatto generatore dell'esclusione era costituito dall'accertamento dell'irregolarità fiscale del concorrente (causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; così nella citata sentenza di questa Sezione 6490 del 2019, ma anche nella

sentenza 28 dicembre 2020, n. 8406) e ben si può capire che tale vicenda professionale – e il relativo provvedimento di esclusione – sia detto non oggetto di necessaria conoscenza da parte di altra stazione appaltante in successiva procedura di gara: la regolarità tributaria e contributiva del concorrente va, infatti, accertata da ciascuna stazione appaltante per ogni singola gara cui l'operatore abbia richiesto di partecipare, di modo che quel concorrente, prima irregolare e per questo già escluso, ove abbia poi regolarizzato poi la sua posizione fiscale, e si presenti in regola di fronte ad altra stazione appaltante, potrà, ed anzi dovrà, essere ammesso in gara.

3.6. Per concludere: è certamente vero che l' "esclusione" da una procedura – o per meglio dire il provvedimento di esclusione – è altro rispetto al "grave illecito professionale", come pure che un'esclusione si genera e si consuma all'interno della procedura di gara nella quale è stata adottata dalla stazione appaltante, ed è corretto affermare che l'uno, il "grave illecito professionale" e non l'altra "l'esclusione", può comportare esclusione dell'operatore dalla procedura di gara (se ritenuto non integro né affidabile), ma i due elementi posti a rapporto sono in nesso logico – consequenziale tra loro nel senso che il "grave illecito professionale" può essere causa dell' "esclusione" che, dunque, della prima è l'effetto, onde è sempre il primo e non il secondo ad avere rilievo nel giudizio cui è chiamata la stazione appaltante.

3.7. Alla luce delle esposte considerazioni trova conferma quanto affermato dal giudice di primo grado: s.r.l. era onerata di informare s.p.a. del precedente provvedimento espulsivo subito dal Comune di Venzago per essere la vicenda dal quale lo stesso era scaturito astrattamente idonea a generare dubbi sulla sua affidabilità per l'esecuzione del contratto d'appalto affidando.

Occorre, infatti, considerare che, come allegato dalla stessa ricorrente, il Comune di Venzago aveva accertato in sede ispettiva, per l'esecuzione di servizio identico a quello posto a gara, che il mezzo impiegato dalla s.r.l. non presentava quella dotazione tecnica che pure la società aveva dichiarato in sede di offerta.

All'evidenza, allora, non è condotta attinente ai requisiti di idoneità professionale – argomento proposto dall'appellante proprio allo scopo di “rinchiuderla” all'interno di quella specifica procedura di gara – ma condotta che già si situa nella fase di esecuzione, o per meglio dire, di organizzazione dei mezzi allo scopo dell'esecuzione (e che, secondo la giurisprudenza civile, può dar luogo alla risoluzione del contratto per inadempimento secondo la teoria della “colpa in organizzazione” senza attendere che la mancata esecuzione della prestazione divenga conclamata) – ammesso pure che possa avere una qualche rilevanza, per dire commesso un “grave errore professionale”, la circostanza che si sia ancora in fase procedurale e non in quella esecutiva (poiché normativamente prevista solo in relazione alle falsità dichiarative e documentali, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2838) – e, in ogni caso, condotta che fa certo dubitare, quanto meno in astratto, che correttamente possa essere eseguito il contratto in corso d'affidamento a quello stesso operatore economico.

E poco importa, da questo punto di vista, che la condotta in questione fosse imputabile alla società cui il concorrente si era rivolta per l'allestimento del mezzo, come pure, alla luce delle indicazioni dell'Adunanza plenaria n. 16 del 2020, già rammentate, che al provvedimento di esclusione non fosse seguita iscrizione nel casellario informatico dell'A.n.a.c. (sulla cui valenza, cfr. la già citata sentenza di questa Sezione n. 2838 del 2021).

3.8. Riconosciuto che della vicenda occorsa con il Comune di Venzago s.r.l. era tenuta ad informare s.p.a., non resta che prendere atto del giudizio di inaffidabilità che la stessa stazione appaltante ha espresso nei confronti del concorrente con ampiezza di motivazione in punto di identità del servizio da eseguire e di vicinanza temporale tra le due gare.

Gli argomenti dell'appellante esposti nel secondo motivo di appello non valgono a rimuovere tale giudizio.

Non l'invocata buona fede che l'aveva indotta a non dichiarare la vicenda per come s'era verificata, profilo superato dalle esposte considerazioni sul perimetro e la funzione degli obblighi dichiarativi in capo ai concorrenti, né l'aver già svolto attività per la stessa stazione appaltante (in esito ad affidamenti diretti) senza aver ricevuto segnalazioni negative, poiché inconferente con la specifica vicenda apprezzata puntualmente dalla stazione appaltante.

3.9. Nelle proprie memorie le parti hanno richiamato il precedente di questa Sezione, 3 febbraio 2021, n. 1000; lo ha fatto dapprima la controinteressata per dire la non assimilabilità delle vicende e, poi, per ragioni esattamente opposte, l'appellante nella memoria per la camera di consiglio.

Va detto, preliminarmente, che nella sentenza citata è stata effettivamente valutata la riconducibilità al “grave illecito professionale” del medesimo provvedimento di esclusione dalla procedura di gara adottato dal Comune di Venzago del quale si discute nel presente giudizio e si è giunti a concludere che lo stesso debba essere più esattamente ricondotto all'ipotesi di *“esclusione dalla gara per mancata fornitura del materiale indicato nell'offerta”*, non tanto per la circostanza che i fatti si riferivano ad un momento antecedente l'esecuzione (e la stessa stipula del contratto), quanto, piuttosto, per l'emersione di una serie di fatti dai quali dedurre la sicura assenza dei presupposti dell'illecito professionale, quali, in particolare, *“la mancata acquisizione, da parte della stazione appaltante, delle cauzioni prestate dall'aggiudicataria e l'assenza di provvedimenti (sanzionatori o anche solo di segnalazione) conseguentemente adottati dalla competente Autorità di controllo (l'ANAC)”*.

V'è però un elemento di differenziazione tra le due vicende che appare decisivo: nella procedura esaminata dalla sentenza di questa Sezione n. 1000 del 2021, la stazione appaltante non aveva reso alcun giudizio di inaffidabilità dell'operatore economico oggetto di censura: il motivo del ricorso di primo grado, infatti, si limitava a censurare la mancata esclusione dell'operatore per non aver dichiarato la

predetta vicenda professionale; la Sezione ha detto non dovuta l'informazione alla stazione appaltante.

Si sono precedentemente espone le ragioni che inducono a diverso convincimento, ma quel che conta, e che distingue le due vicende, è che nella procedura oggetto del presente giudizio, la stazione appaltante, venuta a conoscenza dei fatti, ha già espresso la sua valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico. E tale giudizio non ha motivi di censura che possano valere a dirlo ingiusto e con esso illegittimo il provvedimento di esclusione.

3.10. In conclusione, l'appello di s.r.l. va respinto; l'appello di s.r.l., proposto dichiaratamente per il caso di accoglimento dell'appello di s.r.l. e, in questo senso condizionato, è improcedibile per carenza di interesse.

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- riunisce gli appelli;
- respinge l'appello di s.r.l.;
- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello di s.r.l..

Condanna s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 10.000,00 oltre accessori e spese di legge, a favore di s.r.l. e di s.r.l.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, primo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

IL SEGRETARIO